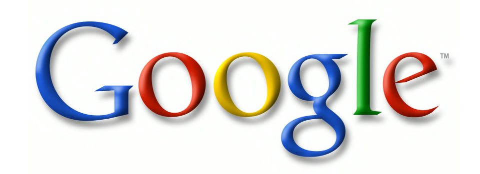


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

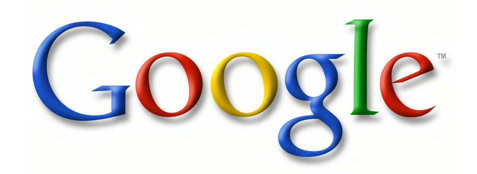
Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.



Die

Lehre von den Testamentsvollstreckern

und der

Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs.

Eine Studie zum neuen Deutschen Reichsrecht

und

ein Beitrag zur Lehre für Theorie und Praxis

von

Dr. jur. A. Sturm,
a. Notar und Rechtsanwalt in Naumburg a/Saale.



Berlin.
Carl Heymanns Verlag.
1896.

GER
919
STU

Bd. July 1904



HARVARD LAW LIBRARY

Received March 11, 1899

Germany

Die

Lehre von den Testamentsvollstreckern

und der

Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs.

Eine Studie zum neuen Deutschen Reichsrecht

und

ein Beitrag zur Lehre für Theorie und Praxis

von

Dr. jur. A. Sturm,

k. Notar und Rechtsanwalt in Naumburg a/Saale.



Berlin.

Carl Heymanns Verlag.

1896.

Druck von Julius Sittenfeld in Berlin W.

Rec. March 11, 1899

Verlags-Archiv 2549.

Herrn Rechtsanwalt

BERNHARD HAGEMANN

in

Naumburg a/Saale

gewidmet.

Vorwort.

Ich habe dieser Abhandlung nur zwei Bemerkungen voraus zu schicken.

Einmal könnte der Einwand erhoben werden, dass sie rein theoretischen Erwägungen dient, wie sie ja von rein wissenschaftlichen Untersuchungen ausgeht; dem wäre zu entgegnen, dass dem Anwalt wie dem Richter wohl kaum in der Praxis schwierigere Fragen auftauchen können, als bei der Handhabung der Testamentsvollstreckung, so dass ich mit Recht diese Arbeit als auch für die irrig sogenannte „reine Praxis“ wichtig meines Erachtens bezeichnen darf.

Wichtiger ist für mich meiner Stellung zu diesen falschen, die Theorie trennenden Anschauungen, gemäss, eine andere, rein wissenschaftliche Frage. In wie fern sind die Vorarbeiten und Protokolle zu benutzen? Zitelmann hat dieses Bedenken in seiner Rede über die Gefahren des bürgerlichen Gesetzbuchs für die Rechtswissenschaft (Bonn 1896) angeregt (S. 131), und ich bin mit ihm darin einverstanden, dass sowohl eine „Wort — und Paragraphen — Jurisprudenz“ zu vermeiden ist, denn das Gesetzeswort ist immer nur ein mangelhafter Rahmen, den die Wissenschaft ausfüllt, dass aber auch nichts als gesetzliches Recht gilt, was sich nicht aus dem Gesetz als solchem erschliessen lässt.

Ich habe daher geglaubt, und der Mangel der Vorarbeiten und der Beispiele Anderer möge entschuldigen wenn ich irre, die Ansichten der Protokolle, die mir nur die Güte des Herrn Reichsgerichtspräsidenten zugänglich machte, in die Anmerkung am Schluss verweisen zu dürfen.

Inhalt.

§ 1.

Einleitung.

Den Anlass, die Lehre von den Testamentsvollstreckern, wie sie der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs jetzt normirt, kritisch zu prüfen, gab mir der Umstand, dass die Motive des ersten Entwurfs Band V S. 217 meine in Iherings Jahrbüchern Band 20 S. 91 ff. vor langer Zeit dargestellte Lehre erwähnen, ohne principiell Stellung zu nehmen, indem sie es der Wissenschaft überlassen, aus den aufgestellten Vorschriften das Endergebniss zu ziehen. Dieses Endergebniss bereits jetzt zu ziehen, und dogmatisch die Lehre nach dem Reichsrecht neben meine Lehre nach Gemeinem und nach Preussischem Recht zu stellen, schien unpraktisch, da das Gesetz noch nicht feststeht; ein derartiges Buch, das dem Testamentsvollstrecker des alten und des neuen Rechts den schwierigen Weg bahnt, hoffe ich daher erst später geben zu können. Diese Bemerkungen sind lediglich kritischer Natur.

Der erste Entwurf meint, die Ansicht, nach welcher der Vollstrecker ein beschwerter Vermächtnissnehmer sein solle, habe wohl keine Anhänger mehr. Die übrigen Ansichten nennt er neben einander: „nach einer Auffassung soll er der Mandatar des Erblassers sein. Nach einer andern ist er Mandatar der Erben. Eine dritte Ansicht geht dahin, er sei Vertreter oder formeller Repräsentant des Erblassers, oder doch Repräsentant des „Nachlasses“ (meine Ansicht). Nach einer vierten Ansicht besteht zwischen dem Erben und dem Vollstrecker ein dem Vormundschaftsverhältnisse ähnliches Verhältniss.“

Die Denkschrift zu dem jetzt vorliegenden Entwurf (1896) sieht von der Erwähnung theoretischer Ansichten ganz ab

(S. 288). Meines Erachtens mit Recht, denn entweder müssen die Motive aussprechen, welche theoretische Construction sie billigen, oder ganz schweigen.

Indem ich den weiteren Ausbau meiner Dogmatik dem späteren Werk überlasse, sei hier nur kurz nach meiner Abhandlung die Ansicht wiederholt, die ich für die rechte halte, und die m. E. nicht bisher mit Erfolg angegriffen worden ist.

Der Vollstrecker hat m. E. eine doppelte Stellung, indem er einmal wie ein durch den letzten Willen berufener Güterpfleger den Nachlass vertritt, und dabei die Interessen aller Nachlassinteressenten wahrnimmt, dann aber auch als Verwalter eines fremden Vermögens erscheint, weil der Nachlass den Erben eigenthümlich gehört (S. 109 meiner Abhandlung). Wir finden also bei der Betrachtung des Executors als Nachlassvertreter die allgemeinen Befugnisse, kraft deren er auch den Erben beschränkt, bei der Betrachtung desselben als Verwalter eines fremden Vermögens finden wir dann die Schranken, welche ihm Erben oder Dritte setzen. Dem von mir aufgenommenen Kampfe gegen unfruchtbare Fictionen folgend, habe ich jede Analogie mit dem Mandat oder der Vormundschaft ganz bei Seite gelassen. Die Testamentsexecution ist eine privatrechtlich angeordnete und staatlich anerkannte Güterpflege für den Nachlass, d. h. für ein bestimmtes Vermögen als solches.

Da sie nur von der Gesetzgebung geschützt im Verkehr des Vertragsrechts steht, ist sie ein positives Institut. —

Ich kann daher von meiner Ansicht aus nur zustimmen, wenn es in der jetzt vorliegenden Denkschrift heisst: „Nach der herrschenden Auffassung des Gemeinen und des Preussischen Rechts, sowie nach dem Sächsischen Gesetzbuche, liegt dem Testamentsvollstrecker die Ausführung des letzten Willens ob; zur Verwaltung des Nachlasses ist er nur berechtigt, wenn sie ihm vom Erblasser übertragen worden ist.“ Ich bin dieser herrschenden Ansicht damals schon für das Gemeine Recht, aber auch für das Preusische entgegen getreten (S. 129 *loc. cit.*). Die Denkschrift fährt fort: „Wie die Erfahrung zeigt, wird aber der Testamentsvollstrecker vom Erblasser in der Regel auch mit der Auseinandersetzung unter den Miterben, sowie, behufs Durchführung seiner Obliegenheiten, mit der Verwaltung

des Nachlasses betraut.“ Ich habe über diese „Durchführung der Angelegenheiten“ gesagt, dass sie sich aus dem Inhalt des zu vollziehenden Testaments von selbst ergebe, ohne dass die Verwaltung erwähnt zu sein braucht. Für mich ist es daher bestehendes Recht, wenn die Denkschrift sagt: „Unter solchen Umständen erscheint es gerechtfertigt, wenn der Entwurf dem Testamentsvollstrecker nicht nur die Ausführung der letztwilligen Verfügungen des Erblassers, sondern auch die Auseinandersetzung zwischen den Miterben als gesetzliche Aufgabe zuweist, und ihm zum Zwecke der Erledigung dieser Aufgaben die Verwaltung des Nachlasses einräumt“ (§ 2177, § 2178, § 2179). Ich habe bereits *de lege lata* die Lehren getheilt in A) Stellung und Befugnisse des Testamentsexecutors als Vertreter des Nachlasses (S. 120 *l. c.*), und B) Stellung und Befugnisse des Testamentsexecutors als Verwalter eines fremden Vermögens (S. 134 *l. c.*).

De lege ferenda habe ich im § 29 die „Aufgabe der Gesetzgebung“ damals darin gefunden, aus der Ernennung allein feste Normen folgen zu lassen, und den Erblasser nicht darauf zu verweisen, die einzelnen Befugnisse im Testament aufzuzählen. Einmal genügt dafür bei der Nähe des Todes oft die Zeit gar nicht, dann aber will ja eben der Erblasser ein historisches Institut, einen schon vorhandenen Complex von Normen einführen, einen Vertreter des Nachlasses schaffen (S. 121 f. meiner Abhandlung), der durch seiue „Ernennung“ allein mit Rechten auch der Verwaltung ähnlich ausgestattet ist, wie der auch blos „ernannte“ Concursverwalter und Liquidator (S. 112 meiner Abhandlung).

Es muss auch durch das Wort des Gesetzes dem deutschen Volke wieder nah gebracht werden, dass das dem alten germanischen Treue-Verhältniss der Salmannen entsprossene deutsche Rechtsinstitut der Testamentsvollstrecker ein Institut ist, welches rechtlich die Treue über den Tod hinaus wahrt; der Nachlass, der durch das Gesetz zusammengehaltene Complex des Vermögens des Gestorbenen, wird „treuer Hand“ vertraut, der das Gesetz freie Hand lässt im Interesse des Geschiedenen. Dieser wird in seiner letzten Stunde nicht daran denken, bis ins Einzelne hinein diese treue Hand zu binden, er vertraut

ihr, er ernennt sie mit kurzen Worten; sie wird ihm nach dem Recht, das seinem Volk entwachsen ist, die Dinge ordnen, von denen er nichts mehr weiss, und deren Wechselfälle er gar nicht voraussehen kann. Nicht eine rechtliche Unsterblichkeit will er construiren, an der ihm das Interesse fehlen müsste, denn der Lebende hat Recht, sondern die Vermögensverhältnisse, den Nachlass, will er vertreten sehen, ihm will er um seiner und um der Erben willen noch eine Weile nach dem Tode einen Ordner bestellen. Nicht er wird vertreten, denn er hat keinen Willen mehr, nicht er gibt einen Auftrag, denn er kann keine Verträge mehr schliessen, er braucht auch keinen Vormund, denn es fehlt die zu schützende Person, noch weniger aber will er den Erben einen Bevollmächtigten ernennen, denn der Vollstrecker soll ja gerade über den Erben stehen.

Mein Vorschlag, die von mir als solche bezeichneten und zusammengefassten „positiven Institute“, zu denen die Testamentsvollstrecker gehören, im Gesetzbuch unter eine besondere Gruppe zu stellen, hat bislang keinen Beifall gefunden, weil man im Bann einer falschen Systematik das völlig Neue scheute. Diese falsche Systematik hat sich in ihrem Erfolge denn auch hier schwer gerächt. Unserem Institut steht der Abschnitt voran „Einsetzung eines Nacherben“, d. h. eines Erben, der erst Erbe wird, nachdem zunächst ein Anderer Erbe geworden ist (fideikommissarische Substitution). Und plötzlich taucht denn nun in der Denkschrift S. 288 die neue Construction, wenn auch noch etwas schüchtern, auf, die Testamentsvollstreckung der Nacherbschaft zu nähern, mit der sie gerade soviel, d. h. auch nichtdie geringste Aehnlichkeit hat, wie die *negotiorum gestio* mit dem Vollmachtsvertrage. Hier eine Erbeinsetzung, dort ein Vertrag — bei der Testamentsvollstreckung gerade ein Institut über den Erben — — aber das thut nichts, um der alten Systematik willen werden noch heut die logischen Verstösse in den Kauf genommen. Wenn einmal der jetzige Entwurf mit guten Recht die Dogmatik der Wissenschaft überlässt, dann darf er nicht derartige gefährliche Parallelen ziehen, wie die zwischen Nacherbschaft und Testamentsvollstreckung eine ist. Denn die Analogie, die jetzt nun

ganz der Wissenschaft überlassen ist, weil ihre Anwendung selbstverständlich ist (Eck, Sammlung von Vorträgen über den Entwurf, S. 1), würde irrig Mandatssätze und Erbschaftssätze auf unser Institut „ausdehnen". —

Verweisungen auf das Reichsgericht hat die Denkschrift vermieden, während der erste Entwurf bei Dernburgs und meiner Ansicht auf die von den vereinigten Civilsenaten später ganz verworfene Entscheidung in Band 16, S. 188, 189 verwies. Der Fall regelte die Verfügung des Vollstreckers über den Willen der Erben hinweg, wenn trotz des Einverständnisses aller Betheiligten der Wille des Testaments widerspricht (S. 187). Hier wird Alles auf die Dogmatik ankommen, wie das Reichsgericht s. 187 richtig erkennt. Das Reichsgericht weist die Parallele mit dem Vermächtniss ab, ebenso die mit der Vormundschaft. Es erkennt dann, dass die Ansicht, wonach der Vollstrecker Vertreter des Nachlasses ist, zur Klagabweisung führen musste, weil das Klagebegehren im Widerspruch mit dem Willen der Erblasserin steht. Ich halte dies auch für richtig; das Reichsgericht, welches sich an dieser Stelle nur gegen Dernburg wendet, irrt, wenn es meint, der Eintritt der Erben schliesse den Willen des Erblassers aus, und nur dann nicht, wenn dieser Wille selbst die Erben eingeschränkt habe. Es stützt sich für diesen Irrthum lediglich auf die falsche Dogmatik, dass der Salmann, entgegen der Idee des Instituts, als Vertreter der Erben bestellt sei, cf. Seite 189. Es wird vom Reichsgericht und damit auch vom ersten Entwurf, weiter Förster-Eccius Privatrecht Band 4 S. 440 § 255 citirt. Leider kommt Eccius, dessen Ansicht die vereinigten Senate später verworfen haben, zu keiner klaren Construction. Hieran trägt freilich die Unklarheit des Landrechts an dieser Stelle mit Schuld, bei dessen Abfassung die Wissenschaft den Charakter des Instituts verkannte. Er erinnert an die gesetzlichen Vertretungen (S. 440); an den Concursverwalter, neben dem ich den Liquidator genannt hatte, und schliesst den Vertrag aus (S. 438). Dennoch kommt er auf den Begriff des „Bevollmächtigten des Erblassers" zurück; laut Vollmacht soll er aber wieder nicht den Erblasser, oder den Nachlass, sondern die Erben vertreten (S. 440). Diese aber sollen beschränkt

werden, sofern sie der Erblasser beschränken kann, d. h. es wird die Beschränkung lediglich nach dem Willen des Verstorbenen geleugnet. Wenn er sich aus der Controverse schliesslich damit zurückzieht, dass er den „modernen, erweiterten Begriff der Stellvertretung“ einführt, die es auch ohne Vertrag gibt, so streift er damit das von mir beschriebene Reich der „positiven Institute“, deren Rechte mir aus dem Gesetz entspringen (S. 339, 340), und kommt meinen Constructionen selbst nahe; denn das eben ist der „klare, juristische Gedanke“, den ich neu geben wollte, ohne Angriffe zu fürchten; sagt doch das Reichsgericht selbst in demselben Bande S. 140, der Testamentsvollstrecker „vertrete den Inhalt des Testaments“, — warum nicht den „Nachlass“? Denn den Erblasser oder die Erben vertritt er ja nach Band 32 Seite 153 nicht. Es hat auch das Reichsgericht selbst die Ansicht von Eccius später reporbirt, und nur leider an jener Stelle, wo es auch auf meine, jene engen Grenzen durchbrechende Ansicht mit verweist, zu der von ihm „schwierig“ genannten Construction keine Stellung genommen (Band 25 S. 295 f.). Das Reichsgericht kommt auf die von mir vertretene Ansicht noch zu sprechen; 1) Band 23 S. 205 ff., und billigt die Erwägung, dass die Entziehung der Vollmacht durch den Richter gegenüber einem pflichtwidrigen Executor in Ordnung sei; die Fiction, dass der Erblasser den Executor entlassen würde, billige ich freilich nicht, die Nachlassvertretung genügt mir auch hier; 2) Band 9 Seite 209 ff.; dort wird für das Gemeine Recht unter Citat auch meiner Ansicht klar ausgesprochen: „Darüber, dass nach Gemeinem Recht der Testamentsvollstrecker Dritten gegenüber den Nachlass, oder, wenn man will, den Erblasser vertrete, besteht kaum Meinungsverschiedenheit.“ Allein, muss ich schon dem Einschiebesatz energisch widersprechen, so noch mehr der nachfolgenden Erklärung, dass er die Testamentserben vertrete.

Die Vertretung des Nachlasses kommt da zu ihrem vollsten Recht, wenn, wie im Falle der Entscheidung Band 16 S. 185, der Testamentsexecutor unter Berufung auf den im Testamente kundgegebenen Willen des Erblassers jener Verfügung über den „Nachlass“ widerspricht, in Bezug auf welche der Erbe

und alle übrigen bei der Ordnung des „Nachlasses“ rechtlich betheiligten Personen einverstanden sind. Der vierte Civilsenat des Reichsgerichts hat am 28. Januar 1886 entgegen meiner Ansicht erkannt, dass der Vollstrecker mit Erfolg nicht widersprechen kann. Die vereinigten Civilsenate haben aber in ihrem Beschlusse vom 13. Januar 1890 über die Rechtswirksamkeit von letztwillig in Verbindung mit einer Testamentsvollstreckung angeordneten Verfügungsbeschränkungen des Bedachten, an deren Aufrechterhaltung kein Dritter interessirt ist, (nach A.L.R.) entschieden, und zwar eben entgegen jener Entscheidung des vierten Civilsenats *l. c.*, welcher die Frage verneinte. Der für die Anrufung der Entscheidung gesetzlich vorausgesetzte Konfliktsfall lag durch die bejahende Antwort des fünften Civilsenats vor, und ist die Frage von den vereinigten Civilsenaten bejaht worden. Es ist anerkannt, dass der Vollstrecker seine Macht dem Erben gegenüber durch den Auftrag des Erblassers empfängt, und dass er auch dem widerstrebenden Erben gegenüber auf die Ausführung des letzten Willens des Erblassers zu dringen so berechtigt wie verpflichtet ist (S. 297).

Damit ist meine Ansicht jetzt als die richtige anerkannt; damit auch meine Construction. Denn ich meine, das Reichsgericht durfte nicht unerörtert lassen, „wie man das theoretisch erklären will“. (S. 297); am wenigsten durfte es die „Nachlassvertretung“ übergehen und sie mit der falschen Maske von „der im Nachlass fortbestehenden Persönlichkeit des Erblassers“ decken. Was heisst es denn, wenn das Reichsgericht sagt: „entscheidend ist, dass der Testamentsvollstrecker vom Erblasser beauftragt werden kann, seinen letzten Willen auch gegen den Willen des Erben zur Ausführung zu bringen, und daraus ergibt sich, dass die Ansicht des vierten Civilsenats, der Testamentsvollstrecker sei Vertreter des Erben, nicht gerechtfertigt werden kann?“ Wenn nun der Testator nur sagt „als Testamentsvollstrecker ernenne ich den X“, wo bleibt da der specielle Wille? Hat nicht eben gerade dieser wichtige, oft das ganze Vermögen treffende Konfliktsfall praktisch einmal gezeigt, zu wie verschiedenen Zielen „theoretische Erklärung“ leitet, und in welche Ungerechtigkeiten praktisch hier eine falsche Theorie führt? Nein, eben weil, „freilich die

juristische Construction der Testamentsvollstreckung schwierig und in aussergewöhnlichem Grade bestritten ist", muss nach einer richtigen Construction gesucht werden, ehe praktische Fälle entschieden werden können. Ein Verzicht ist hier nicht am Platz. An diesem lehrreichen Beispiel aus der Geschichte des Reichsgerichts zeigt es sich, wie irrig das Bestreben der Praxis heut ist, nur Vorentscheidungen zu suchen und sich der Präjudikatenjurisprudenz zuzuwenden (Zitelmanns Rede: Die Gefahren des bürgerlichen Gesetzbuchs 96, S. 24). In den in der Praxis geachtetsten Zeitschriften und vor Allem in unseren Anwaltszeitungen werden die „Entscheidungen" zumeist oder eigentlich nur betont und gelesen. Rein theoretische Erwägungen und Abhandlungen werden leicht als überflüssig da bei Seite geschoben, wo man eine Entscheidung des Reichsgerichts gefunden hat, die man citiren kann. Wie steht es nun bei dem Citat von Band 16 Seite 188, das immer bisher angewendet wurde? Es führte zu ganz irrigen Entscheidungen; bei eigener, tieferer, theoretischer Erwägung hätten die Gerichte zu der Ansicht der vereinigten Senate gelangen müssen.

Daraus wird schon jetzt erhellen, dass ich diesen Verzicht auch hier bei der reinen Kritik dem Entwurf gegenüber nicht ausüben darf. Ich werde mich dabei um so kürzer fassen können, als eine Literatur naturgemäss noch nicht vorhanden ist. Gareis meint z. B. nur, unser Institut sei darum eigenthümlich beschaffen, weil es zwar auf der Grundlage eines Auftragsverhältnisses aufgebaut und behandelt sei, die Ernennung aber von einer andern Person ausgehe, als die seien, in Bezug auf welche das Auftragsverhältniss wirksam werde (cf. Einführung in das Studium etc. S. 376).

Ich erkläre nach diesen Vorbemerkungen, dass ich mit § 2177, § 2178 und § 2179 einverstanden bin. „Der Testamentsvollstrecker hat die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen". Er vertritt den Nachlass und damit als ernannter Vollstrecker kraft positiven Instituts die Verfügungen des Testaments. Er hat in Folge dessen „die Auseinandersetzung zu bewirken." Da aber doch die Erben auf der andern Seite Eigenthümer sind, hat er sie „über den Auseinandersetzungsplan vor der Ausführung zu hören" (§ 2177,

2178). Er hat kraft Gesetzes den Nachlass zu verwalten. „Er ist insbesondere berechtigt, den Nachlass in Besitz zu nehmen und über die Nachlassgegenstände zu verfügen“ (§ 2179).

§ 2.

Die Ablehnung der Annäherung an die Nacherbschaft.

Selbstverständlich kann der Erblasser, der die Ernennungsformel, wie ich sie mir in der Praxis denke und in der Praxis erfahren habe, nicht benutzen will, dem Vollstrecker nur die Verwaltung übertragen (§ 2183). Dagegen greift m. E. eine Ernennung zum Verwalter über die Erledigung der Aufgaben hinaus in ein ganz anderes Rechtsinstitut ein, ein solcher Vollstrecker ist keiner mehr. Der Erblasser mag doch in diesen Fällen eine Nacherbschaft anordnen; ich bestreite, dass ihn ein Bedürfniss zwingt, die beiden Institute zu vermengen. Die Beschränkung auf 30 Jahre passt gar nicht hierher; ich wiederhole meine Ansicht: die provisorischen Verwaltungshandlungen des Vollziehers müssen dem Zweck des Instituts, den Nachlass rasch und gewandt zu vertheilen, entsprechen (S. 129 meiner Abh.). Ein Testamentsvollstrecker vollends, der bis zu seinem oder bis zu des Erben Tode verwaltet, ist alles andere, aber niemals ein Salmann (§ 2184). Nicht blos für die juristische Person, überhaupt ist diese ausgedehnte Verwaltung mit der Vertretung des Nachlasses, der eben vertheilt werden soll, unpraktisch, und sind diese Normen in das Kapitel von der Einsetzung eines Nacherben zu verweisen. Ernennt ein Erblasser den Vollstrecker um ihm die Rechte des Nacherben zu überweisen, so soll er doch einfach einen Nacherben mit Pflichten ernennen (§ 2196). Ich würde daher diese Bestimmungen an dieser Stelle streichen, da sie nur dazu dienen, die Theorie zu verwirren. Für die Enterbung aus guter Absicht sorgt m. E. der erste Absatz des § 2311 in seinem Eingange zur Genüge.

Selbstverständlich kann der Erblasser die Formel dahin einschränken, dass er den Executor nur zu dem Zwecke ernennt, dass dieser für die Ausführung der einem Vermächtnissnehmer auferlegten Beschwerungen sorgt (§ 2197).

§ 3.

Die Ablehnung der Annäherung an die Vollmacht der Erben.

Gänzlich verfehlt ist der § 2192 des Entwurfs, denn es ist innerlich unwahr, unwissenschaftlich und unpraktisch, für das Rechtsverhältniss zwischen dem Vollstrecker und den Erben die Normen für den Auftrag gelten zu lassen. Der Vollstrecker vertritt in Folge positiven Instituts kraft Willen des Testators durch Annahme und kraft Gesetz den Nachlass, er steht über den Erben; die §§ 651, 653, 660, 661 können gar keine „entsprechende Anwendung finden"; abgesehen davon, dass diese Citate aus ganz andern Gebieten im Entwurf vielleicht recht bequem, aber sicher unschön sind. Es lassen sich die Normen, die hier citirt werden, logisch aus dem Institut erklären, die Erben sind Eigenthümer (freilich nur, wenn der Entwurf den Vollstrecker nicht confus zum Nacherben macht, wo dieser Eigenthümer wäre); daraus folgt, dass der Vollstrecker ihnen Auskunft geben, Rechenschaft ablegen, dass er ihnen das aus der Vollstreckung erlangte herausgeben muss; praktisch ist, dass er ein Inventar den Eigenthümern legen soll (§ 2189). Den Eigenthümer des Nachlasses haftet dessen Vertreter für sein Verschulden (§ 2193); er ist auch als Vertreter den Vermächtnissnehmern verantwortlich. Ich kann auch dem § 2194 zustimmen, wonach der Erblasser den Vollstrecker nicht von den Verpflichtungen gegen die Erben befreien darf, denn der Nachlass, den er vertritt, gehört den Erben.

Dass er nicht sein Amt übertragen soll, folgt aus dem Treueinstitut der Salmannen, niemals aus § 651, dass er Auskunft ertheilen und Rechenschaft legen muss, folgt aus dem Erbeneigenthum, niemals aber aus einem Auftrag dieser Erben, der nie gegeben ist (653, 654). Der § 2192 ist in dieser Fassung ganz zu streichen. Den Eigenthümern des Nachlasses hat der Testator Sachen, deren er nicht für sein Amt bedarf, vor der Beendigung herauszugeben; bei bedingten und betagten Vermächtnissen kann der Erbe Sicherheit leisten,

und muss dann der Vollstrecker die Gegenstände hergeben; der § 2191 ist praktisch.

Die Anwendung des § 657 ist falsch und ganz unnöthig; macht der Nachlassvertreter zum Zwecke seines Amtes Aufwendungen, muss der Erbe als Eigenthümer kraft Gesetz Ersatz leisten. Praktisch und angemessen ist es, dass er „für die Führung des Amtes“ eine angemessene Vergütung erhält, sofern nicht der Erblasser ein Anderes bestimmt hat (§ 2195). Ein „Amt“ ist kein Mandat! Schon die Nothwendigkeit dieser Norm sollte dem Entwurf das Widersinnige seiner Auftragstheorie vor Augen führen. Ich verweise auf §§ 22, 23, 24 meiner Abhandlung, die die Befugnisse aus der Verwaltung eines fremden Vermögens darstellen.

Die Denkschrift stellt weise bei dem Rechtsverhältniss zwischen Vollstrecker und Erben jetzt den Satz voran, dass der Testamentsvollzieher einmal den „Betheiligten“ gegenüber zur ordnungsmässigen Verwaltung verpflichtet ist, und dass er bei Führung der Verwaltung Anordnungen, die der Erblasser durch letztwillige Verfügung getroffen hat, zu befolgen hat (§ 2190 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1). Daneben ist jetzt eine Auftragsmacht der Erben eigentlich ganz unmöglich zu denken. Ich habe S. 143 m. Abh. die Stellung des Vollziehers gegenüber den rein persönlichen Wünschen und Interessen des Erblassers abgehandelt; hier folgt der Entwurf jetzt mit Recht dem Princip, welches die vereinigten Senate des Reichsgerichts ausgesprochen haben; der Vollstrecker schützt die Intentionen des Todten, ohne Interesse wie gegen Interesse der Erben. Ueberflüssig und irrig ist aber der Zusatz, dass die Anordnungen des Verstorbenen auf Antrag des Vollstreckers oder eines Betheiligten ausser Kraft gesetzt werden können, wenn ihre Befolgung „den Nachlass“ erheblich gefährden würde, wobei das Gericht, soweit thunlich, die Betheiligten hören soll; hinter diesen rein persönlichen Interessen hat keine Obrigkeit zu stehen; wie der Staat den Executor nicht anhalten kann, so kann er auch nicht dem Willen des Testators entgegen im Interesse der Erben den Executor beschränken (S. 143 meiner Abh.). Auch hier greifen ganz falsche Principien, und zwar sowohl die Auftrags-, wie die Vormundschaftstheorie durch.

Durch die vereinigten Civilsenate haben nicht nur nach dem bestehenden Recht, sondern aus der Natur des ganzen germanischen Salmanneninstitut heraus die Erwägungen den Sieg gewonnen, dass der Executor auch den widerstrebenden Erben gegenüber auf Ausführung dringen kann, und dass eine jede Verfügungsbeschränkung hier irrig ist.

§ 4.

Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers.

Den Abschnitten der Denkschrift weiter folgend, von denen ich den ersten und den letzten bisher geprüft habe, werden wir erkennen, dass der erfreuliche Fortschritt, der darin liegt, dass dem in der kurzen Formel ernannten Vollzieher die Verwaltung gegeben wird, uns im Einzelnen dem Entwurfe meist zustimmen lässt.

„Kraft seines gesetzlichen Verwaltungsrechts", d. i. kraft positiven Instituts ist der Testamentsvollstrecker namentlich befugt, den Nachlass in Besitz zu nehmen und über die Nachlassgegenstände zu verfügen. (§ 2149 Satz 1, 2). Auch ich habe S. 125 das Besitzrecht das Hauptrecht des Executors genannt. Die schwere juristische Construction kann der Wissenschaft überlassen bleiben (S. 126 ff. meiner Abhandlung). Er hat m. E. vollständigen Besitz. Unentgeltliche Verfügungen liegen ausserhalb seiner Sphäre, da er aber den Nachlass eines Menschen vertritt, hat er sie vorzunehmen, soweit sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen (§ 2149 Satz 3). Als Vertreter des Nachlasses kann er Verbindlichkeiten „für diesen" eingehen (hier nennt der Entwurf geradezu eine Nachlassvertretung in meinem Sinne), soweit die Eingehung zur ordnungsmässigen Verwaltung erforderlich ist. Der Eigenthümer, der Erbe, muss dazu seine Einwilligung geben, kann aber die Beschränkung seiner Haftung für die Nachlassverbindlichkeiten geltend machen (§ 2180). Gibt der Erblasser dem Vollstrecker unbeschränkte Gewalt, so kann dieser doch nur nach § 2179 schenken, eben weil die Erben Eigenthümer sind (§ 2181). Indessen scheint mir die Anordnung, dass der Vollstrecker in der Eingehung

von Verbindlichkeiten unbeschränkt sein solle, seinem Wesen zu widersprechen, da die Verwaltung des Nachlasses, wie die Denkschrift selbst sagt, „lediglich den vorübergehenden Zweck hat, die schwebenden Geschäfte abzuwickeln und gegebenenfalls die zur Vertheilung des Nachlasses erforderlichen Mittel herbeizuschaffen, und nur unter Umständen neue Verbindlichkeiten einzugehen.“ Er verwaltet immer fremdes Vermögen der Erben. Ich würde daher § 2181 streichen; auch § 2183 müsste nach dem ersten Satz wegfallen.

Der Testamentsvollstrecker hat die Auseinandersetzung der Erben zu bewirken, und hat sie als Eigenthümer zu hören (§ 2178).

Der Testator kann die Aufgaben des Vollstreckers natürlich beschränken, § 2182. Soll dieser nur einzelne Sachen verwalten, so kann er nur diese in Besitz nehmen. Hat er die Verfügungen des Erblassers nicht selbst zur Ausführung zu bringen, so kann er die Ausführung kraft des positiven Instituts von den Erben verlangen, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist. (§ 2182 Abs. 2).

Entgegen der Neigung, sich an das Institut der Vollmacht anzulehnen, bestimmt der § 2185, dass der Erbe über einen der Verwaltung des Vollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstand nicht verfügen kann; dies mit vollstem Recht.

§ 5.

Die Prozessführung insbesondere.

Der Executor führt kraft positiven Instituts als Vertreter und Verwalter des Nachlasses die Prozesse, der Erbe nicht, § 2186. Wenn der Vollstrecker gegen einen Dritten ein der Verwaltung unterliegendes Recht erstreitet, muss das Urtel logisch für den Erben wirken, denn nur der Executor „vertritt“ ja auch nach meiner Ansicht den „Nachlass“, weder der Testator noch die Erben prozessiren; hier wird nach der Denkschrift eine Ergänzung der Civilprozessordnung nöthig werden. (S. 290).

Die Denkschrift hebt hervor, dass es bestritten sei, inwieweit ein Anspruch, der sich gegen den Nachlass richtet,

gegen den Testaments-Vollstrecker auch geltend gemacht werden könne; ich verweise für diese grossen Controversen auf S. 134 ff. meiner Abhandlung Nach dem Entwurf ist, wenn der Executor nicht die Verwaltung hat, also eigentlich kein Executor ist, nur gegen die Erben zu klagen. Hat er die Verwaltung, so ist, zwar theoretisch bedenklich, aber doch immerhin praktisch, um Abweisungen von Klagen zu meiden, normirt, dass gegen den Erben wie gegen den Vollstrecker geklagt werden kann. Ein Pflichttheilsanspruch aber soll immer nur gegen den Erben geltend gemacht werden, weil „die Vertretung des Nachlasses" (auch hier gebraucht die Denkschrift nur die von mir allein aufgestellte Construction) gegen einen solchen Anspruch ausserhalb der Aufgaben des Vollstreckers liege. Ich habe auf Grund des Gemeinen und Preussischen Pflichttheilsrechts angenommen, dass der Vollzieher und die Erben als Streitgenossen zu verklagen seien (S. 140 meiner Abh.). Nach dem künftigen Pflichttheilsrecht mag aber § 2187 Abs. 1 Satz 3 praktisch sein.

Wenn der Gläubiger seinen Anspruch gegen den Erben richtet, so kann das obsiegende Urtel nicht unmittelbar zur Zwangsvollstreckung in die Nachlassgegenstände führen, da sonst das Recht des Executors, ausschliesslich über diese Gegenstände zu verfügen, beeinträchtigt würde. Ich habe S. 140 ff. meiner Abhandlung den Gläubigern ebenfalls unbedingt das Recht gelassen, nach ihrer Wahl die Erben zu verklagen, gegen Hinschius. Ich nahm an, dass das gegen die Erben gefällte Urtel auch in die Nachlassobjecte vollstreckbar sei, die der Vollzieher in den Händen hat, da sie dieser nicht nur aus eigenem Recht besitzt, sondern verwaltet (S. 141 *l. c.*). Indessen ist die Vorschrift des § 2187 am Schluss äusserst praktisch, wonach zweifellos ein Nachlassgläubiger, der gegen die Erben gesiegt hat, den Anspruch gegen den Verwalter dahin geltend machen kann, dass dieser die Zwangsvollstreckung duldet. Auch hier wird die Civilprozessordnung Normen aufnehmen müssen. Selbstverständlich können Gläubiger des Erben, die nicht zu den Nachlassgläubigern gehören, sich nicht an die der Verwaltung des Nachlassvertreters unterliegenden Nachlassgegenstände halten (§ 2188).

§ 6.

Weitere Normen des Instituts.

Der Inhalt der Denkschrift ist damit erschöpft, und in der That sind die übrigen Normen des Entwurfs von geringerer wissenschaftlicher Bedeutung.

Der Entwurf bestimmt weiter: Der Erblasser kann mehrere Vollstrecker ernennen, er kann substituiren, er kann die Bestimmung unter bestimmten Formen einem Dritten überlassen, dessen Bestimmungsrecht mit dem Ablauf einer ihm auf Antrag eines der Betheiligten von dem Nachlassgericht bestimmten Frist erlischt; er kann den Vollstrecker ermächtigen, Mitvollstrecker zu ernennen, einen Nachfolger zu ernennen. Er kann das Nachlassgericht ersuchen, einen Vollstrecker zu ernennen, das dann die Betheiligten eventuell hören soll.

Die Ernennung des Vollstreckers ist unwirksam, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Praktisch ist die Norm, dass die Annahme und Ablehnung des „Amtes" gegenüber dem Nachlassgericht erfolgt (§ 2176).

Das Amt mehrerer Testamentsvollstrecker ist durch § 2198 nun positiv geregelt. Das Amt des Vollstreckers erlischt, wenn er stirbt oder unfähig wird.

Es ist zu diesen Paragraphen zu bemerken, dass die Ernennung mehrerer Executoren der Idee des Instituts widerspricht, das einem die Treue vertraut. Indessen ist durch ein Deutsches Gewohnheitsrecht, insbesondere auch in den Ländern Gemeinen Rechts, die Ernennung mehrerer Executoren Rechtens Geworden, und ist sie beizubehalten. Die Ernennung durch Andere aber ist zu streichen, denn in diesem Falle fehlt es an dem Band, das den Salmann persönlich mit dem Erblasser verbinden soll. Man ernennt doch auch seine Erben nicht durch Andere, oder durchs Gericht. — Das Amt erlischt, wenn der Vollstrecker stirbt oder unfähig wird (§ 2199). Nach dem Entwurf kann das Gericht den Vollstrecker auf Antrag eines Betheiligten entlassen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, insbesondere, wenn er die Pflicht grob verletzt oder unfähig ist. Der Vollstrecker soll vorher,

wenn thunlich, gehört werden (§ 2201). Ich habe in meiner Abhandlung § 25 und 26 diese Frage der Privationsklage erörtert, und habe betont, dass es die Billigkeit, aber auch nur diese verlangt, dass die Erben nicht der Willkür eines treulosen Dritten unterworfen werden; grobe Verstösse sind von mir auch dort gefordert.

Die Einsicht der Annahmeerklärungen etc., deren Formalität sehr wünschenswerth ist, hat das Gericht Jedem zu gestatten, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht.

Dagegen ist der § 2200, welcher sagt, dass der Vollstrecker das „Amt“ jederzeit kündigen könne, ganz unbedingt zu streichen. Der § 658 trifft hier gar nicht zu, auf den Auftrag dürfte nie verwiesen werden. Der Vollstrecker ist kein unter Lebenden Beauftragter, er darf weder zur Zeit noch zur Unzeit kündigen, er hat einfach Treue zu wahren. Die Motive zum ersten Entwurfe gestehen, dass diese Kündigungsbefugniss bestritten ist (S. 223, § 1895), und arbeiten mit der ganz falschen Theorie, als sei der Executor ein Beauftragter der Erben; sie finden es bedenklich, das Interesse des Todten zu bevorzugen, sie meinen, das Amt würde dann oft abgelehnt werden. Es wäre abzuwarten, ob sich die deutsche Treue über den Tod hinaus nicht auch heute findet. Ich stehe auf dem Standpunkt meiner Abhandlung noch heut (§ 25), und würde Kündigung ausschliessen. Ein Ehrenamt der Treue, die man einem Todten wahren soll, kann und wird ein treuer Mann nicht kündigen; nur der Unfähige oder Untreue kann dessen enthoben werden.

Dass meine damals principiell aufgestellte und jetzt festgehaltene Ansicht richtig ist, zeigt mir u. A. das Reichsgerichtserkenntniss Band 23 S. 205. Ich stimme auch darin dem Reichsgericht zu, dass bisher der Prozessrichter über die Entscheidung des Erlöschens der Vollmacht zu befinden hatte, weil der Testamentsvollstrecker nicht der Disciplin des Nachlassrichters unterliegt; er ist eben „kein Vormund“. Ich würde daher auch *de lege ferenda* nur im ordentlichen Rechtswege entscheiden lassen. Zuzustimmen ist der Entscheidung auch darin, dass zumeist „Mangel an rechtschaffener Gesinnung und an Treue“ Enthebungsgründe bilden werden, denn das Salmannen-

institut ist eben ein rein germanisches Treue-Verhältniss (S. 207 *l. c.*), ein Institut der deutschen „Mannentreue."

Wird die Kündigung beibehalten, so wird die Analogie immer wieder dazu verführen, auch andere Normen der Vormundschaft und des Mandats hier irrig anzuwenden, um „Lücken" auszufüllen; greift aber ein einheitlicher, richtiger Gedanke durch, so wird es keine „Lücken" geben, sondern nur wissenschaftliche Consequenzen der Idee. Sie ganz abzuweisen, dazu mahnt auch der § 1908 der Motive des ersten Entwurfs, welche einige Vorschriften über den Auftragsvertrag für entsprechend anwendbar erklären, und meinen, dass diese zu einem befriedigenden Ergebnisse führen.

Wie nothwendig im Verhältniss zu den Erben klare Regelung der Stellung erscheint, lehrt der Umstand, dass das Sächsische Gesetzbuch hier auf die Anwendung der *negotiorum* gestio verfallen ist. Dieses ebenfalls positive Institut eignet sich nicht zur Analogie, die Geschäfte des Herrn werden nicht geführt, denn dieser ist todt, die Geschäfte der Erben werden nicht geführt, denn den Nachlass vertritt der Vollstrecker, der sich nicht unberufen in die Geschäfte eines Andern mischt, sondern gerade der berufene Verwalter ist. Leider hat auch bei diesem positiven Institut der Entwurf sich von der falschen Analogie mit dem Auftrag nicht frei gehalten, cf. § 668.

§ 7.

Rückblick und Ausblick.

Wenn ich auch nicht mit Zitelmann die „Gefahren des bürgerlichen Gesetzbuchs für die Rechtswissenschaft" verkenne (cf. die Rede vom 27. Januar 1896, Bonn), so halte ich die Codification nicht nur aus politischen Gründen für wünschenswerth. Insbesondere ist es hohe Zeit, dem vielumstrittensten Institut, das wir hier behandeln, im Gemeinen Recht, wo noch ein Sintenis von „einem Wust von wucherisch aufgesprosstem Detail" sprach, feste Normen zu geben, damit ein Deutscher, der kurz einen Testamentsvollstrecker ernennt, weiss, was er thut, und damit Jener weiss, wie er sich zu verhalten hat. Hier, wo weder ein Staatsamt, noch ein Vertragwille Normen

gibt, hier auf einem Gebiet des „schwierigsten“ Instituts (Reichsgericht Band 25 S. 295), kann eine nationale Gesetzgebung nur segensreich wirken.

Neben dieser Kenntniss der Gesetzgebung wird eine genaue Kenntniss der Römischen und Deutschen Rechtsgeschichte und Dogmatik ganz unbedingt erforderlich sein, andernfalls das Institut nicht wissenschaftlich verstanden werden würde; es handelt sich hier um die grössten Probleme Römischer und Deutscher Rechtsanschauung, von der grossen ethischen Bedeutung dieses Instituts nicht zu reden, und wird Dialektik und Kombination hier nie den Gesetzestext allein auslegen.

Wer in diesem bestrittensten Reiche eingehend gearbeitet hat, der weiss, mit welchen Schwierigkeiten unser Zwei-Rechts-System hier kämpft; man wird behutsam in der Kritik Anderer. Aber diese Enthaltsamkeit darf dann nicht Raum haben, wo es sich nicht um eine Erkenntniss der Wahrheit allein, sondern um den Willen handelt, dass diese erkannte Wahrheit Recht werde.

Ich glaube nicht, dass ich anzunehmen habe, dass die Prüfung meiner Theorie am Entwurf eine nur vorübergehende und daher wenig werthvolle und wenig erfreuliche Bedeutung hat. Ich stelle zwar als Hauptzweck den Zweck voran, dass ich eine Kritik gebe, die auch noch Berücksichtigung finden kann. Allein ich darf annehmen, dass das Amt des verwaltenden Testamentsvollstreckers, wie es meine in vergangenen Jungendjahren entstandene Theorie als richtig construirte, nun auch in das künftige Gesetzbuch übergehen wird. Meiner Neigung zu rein theoretischem Schaffen gemäss habe ich die Forderungen als unbedingt theoretisch nothwendig aufgestellt, die einer künftigen wissenschaftlichen Bearbeitung des gegebenen Gesetzes meines Erachtens allein Aussichten bieten, und ich fürchte nicht die Repliken, die Zitelmann (*l. c.* S. 28) gegen jeden kritischen Einwand gegen den jetzigen Entwurf, der doch erst eine Vorstufe des Gesetzes ist, nicht unberechtigt erwähnt*).

*) Die Protocolle der zweiten Lesung, wie sie mir durch die Güte des Reichsgerichts vorlagen, geben mir zu Aenderungen keinen Anlass.

Ich ersehe daraus, dass gegen die gerichtliche Ernennung von Testamentsvollstreckern von einigen behauptet wurde, dass kein Bedürfniss bestehe, und die Gerichte nicht mit der Fürsorge für Privatinteressen überlastet werden dürften; mir scheint der Einwand aus theoretischen Gründen durchzugreifen.

Das Kündigungsrecht des Vollziehers fand berechtigte Angriffe, weil eben hier eine „Bindung“ nöthig sei, wo es sich um etwas ganz anderes als eine „Vollmacht“ handle. Leider blieb das Recht bestehen, obwohl zugegeben wurde, dass eine Niederlegung „aus Laune“ erfolgen könne; man wolle aber selbst das lieber mit in den Kauf nehmen, als das Amt erschweren. Damit ist der Standpunkt des germanischen Treueverhältnisses allerdings ganz verlassen.

Die Protocolle sprechen deutlich aus, dass der Wille des Testators die oberste Richtschnur für die Rechte des Vollstreckers bildet. Wenn der Testator wolle, dass der Vollstrecker die volle Ausführung des letzten Willens vornehmen solle, so wolle er ihm auch die vollen Verwaltungsrechte einräumen. Es ist der Ansicht der Vorzug gegeben, dass der Vollstrecker regelmässig verwaltet. Der „Testamentsvollstrecker sei nicht ein Beauftragter der Erben im gewöhnlichen Sinne des Wortes“, er solle nach der Willensmeinung des Testators „so handeln, wie ein verständiger, gewissenhafter Erbe im gegebenen Falle handeln würde“. „Handle der Vollstrecker auch nicht als Vertreter des Erben, im strengen Sinne des Wortes, so sei der Erbe doch gebunden.“ Ich meine, den Worten wird hier eben ein ganz anderer „Sinn“ untergelegt, es passt hier keine Analogie mit Vollmacht etc.

Sehr wahr ist folgende Ansicht der Mehrheit, „die geschichtliche Entwickelung des Instituts der Testamentsvollstreckung dränge dahin, die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers eher auszudehnen als einzuschränken. Das Amt des Testamentsvollstreckers habe sich entwickelt aus dem altdeutschen Institut des Treuhänders und des Salmannes. Ursprünglich sei man deswegen davon ausgegangen, dass der Vollstrecker an der Masse Eigenthum erwerbe. Im Laufe der Rechtsentwickelung habe sich die Ueberzeugung Bahn gebrochen, dass es der Willensmeinung des Testators widerspreche, dem Vollstrecker die Rechtsstellung des Eigenthümers zu gewähren. Man sei nunmehr in dem Bestreben, diesen Fehler zu meiden, in der Particulargesetzgebung vielfach in den entgegengesetzten Fehler verfallen, und habe die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers zu sehr eingeschränkt. Bei der Neuordnung sei an die geschichtliche Entwickelung anzuknüpfen, und dem Vollstrecker eine freiere Stellung zu geben, welche den Zwecken seines Amtes als auch dem muthmasslichen Willen des Erblassers entspreche. Vom theoretischen Standpunkte aus sei die Regelung des Entwurfs richtig.“ Ich stimme dem von meinem Standpunkt aus, der immer dieser geschichtliche war, zu. Mit Recht

werden in den Protocollen (Sitzung 332 II bis 356, Erbrecht Seite 7088) bei der Vertrauensstellung die Analogieen ausgeschlossen.

Man war darüber einig, dass der Vollstrecker die Prozesse zu führen habe, Streit herrschte nur über die Wirkungen des Urtheils (2. Commission, Sitzung 357—379, Erbrecht S. 7102 ff.).

Für die Zulassung einer Testamentsvollstreckung, bei welcher die Verwaltung Selbstzweck, haben nur wenige praktische Gründe m. E. gesprochen, die *exherędatio bona mente* genügt m. E. (cf. S. 7132); eine Analogie der Nacherbschaft ist m. E. abzulehnen (cf. S. 7134); in den Protocollen dagegen ist es der Redaktionskommission überlassen, sämmtliche Rechte des Nacherben dem Vollstrecker zuzugestehen (S. 7136).

Leider ist man über die für anwendbar erklärten Vorschriften vom Auftrage ohne weitere Erörterung einig geworden (S. 7147), obwohl in dieser theoretischen Analogie eine grosse Gefahr für die Entwickelung des Instituts liegt.

Es liegt mir nach der im Vorwort gegebenen Auffassung der Methode der Kritik fern, den Wortlaut des Entwurfs nicht aus sich selbst zu erklären, sondern ihn an der Hand der Protocolle zu erläutern; das Letztere wäre m. E. ganz falsch, um so mehr, als eben schon darin, dass eine „Denkschrift" erschienen ist, während die Protocolle schwer zugänglich geblieben sind, der Wille der Gesetzgeber liegt, dass sie aus dem Gesetz und der Denkschrift erklärt sein wollen. Dazu kommt, dass die letzten Motive der Protocolle doch nicht protocollirt werden konnten, dass auch mit Recht die wissenschaftlichen Ansichten, welche die Mehrheit mitbestimmten, gar nicht citirt worden sind, so dass eine rein wissenschaftliche Kritik von ihnen vielfach absehen darf.

Anders steht es mit rein praktischen Erwägungen. Allein ich habe mich auch diesen gegen das Opfer des Treuhänderinstituts als solchem nicht anschliessen können, um so weniger, als zu meiner Freude gerade auch in den Protocollen principiell das Institut so dargestellt ist, wie es jetzt in der geschichtlichen Entwickelung besteht, als das freie, mit Verwaltungsrechten ausgestattete Treueverhältniss des Salmanns.

